

## En torno a la municipalización de servicios

La lectura del perfecto trabajo de don Manuel Francisco Clavero Arévalo sobre «Municipalización y provincialización de servicios en la Ley de Régimen local», premio Calvo Sotelo 1950, ha sugerido sucesivamente, a mi imaginación, un importante número de cuestiones de enorme interés y trascendencia, la mayoría de ellas abordadas por el autor con decisión, amparado en la espléndida bibliografía que acompaña a cada capítulo. Otras, sin duda por escapar al enunciado del tema, quedan sólo apuntadas; y algunas, creadas por mi fantasía y por tanto tal vez irreales, me han impelido, después de un maduro examen y detallado análisis, a escribir este artículo, en el que las planteo para que otros, con más conocimientos, puedan desvanecerlas.

Práctico de la Administración, siempre me ha preocupado más la aplicación de la Ley que su contenido. Sé, por esta misma experiencia que otorga la práctica, que no es posible una correcta interpretación de la Ley (indispensable para su normal aplicación) sin un conocimiento de su contenido. Y conocimiento de la Ley no es dominar su texto, sino desentrañar su origen, saber su por qué, tener presentes sus antecedentes y los principios de que dimana. Cuanto más completo sea ese conocimiento mayores garantías de recta aplicación del texto. Pero llegar a este extremo no quiere decir, a mi juicio, encontrarse en sazón para discutir los principios que han informado la Ley, ser un crítico de ella. Para llegar a este grado superior hace falta mucho más. Normalmente me

he detenido en lo necesario para aplicar la Ley. Si Dios me hubiera destinado a ser redactor de leyes, mis estudios hubieran debido ser más profundos, pues una cosa es saber extraer de un texto la sal y la pimienta de lo práctico, y otra, muy diversa, sentirse con garbo para asumir la responsabilidad del guisado.

Mis meditaciones giran por tanto alrededor de la aplicación de la Ley y comienzan con la lectura del primer artículo que ella dedica a la municipalización o al resumir su conjunto, una vez terminada aquélla; concretándose en esta pregunta: ¿sabiendo estos textos, me encuentro en condiciones de asesorar en materia de municipalización? Es evidente que no.

Comencemos por concretar qué quiere decir municipalización. A primera vista parece querer significar la acción de convertir en municipal algo que hoy no lo es; pero municipalizar quiere decir, además, crear algo nuevo en la esfera municipal. Ello nos señala dos caminos o maneras de llegar a la municipalización; uno, restituyendo al Municipio algo que era de su competencia y se le escapó, y, otra, instaurando un nuevo servicio que, comprendido en la esfera de la competencia municipal, no ha sido organizado todavía. No se trata de una distinción de concepto, sino de dos conceptos distintos.

La importancia que en la justicia distributiva tiene la atribución de los bienes hace aparecer muy diversa la postura de un agente que pretende recobrar algo que le perteneció, que la de aquel que se encamina a crear algo nuevo.

Esta divergencia obliga al agente a que sus pasos se muevan a ritmo distinto en uno y otro caso y utilizar senderos dispares. El expediente de municipalización deberá tener, desde su primer plumazo, un carácter diferente, según la clase de municipalización que se persiga. Si en un pueblo no existe abastecimiento de agua, la municipalización de este servicio querrá decir su creación y tendrá una iniciación y un trámite claro. Pero si existe una concesión de tal naturaleza y se quiere municipalizar el servicio, el enfoque y la tramitación y la resolución del expediente presentará no una diversificación de aquél, sino unos puntos de vista, ponderaciones, respetos y exigencias, que lo harán totalmente distinto.

Porque no es posible admitir que la única diferencia sea el tener o no, que indemnizar a un concesionario anterior, ya que tanto técnicamente, como en el terreno económico, los puntos de vista de la memoria han de ser de otro orden y de distinto alcance. La instauración de un servicio exige tan sólo un proyecto, un presupuesto y unas tarifas que lo hagan rentable. La reversión de un servicio impone el conocimiento de todas las cláusulas de la concesión existente y sus posibles interpretaciones; el dominio de la legislación estatal en la materia; el plan futuro, siempre más costoso cuando se trata de reformas y más difícil de sujetar a un presupuesto; el cálculo de la expropiación en el que hay que incluir el capital el «*lucrum caesans*» y el «*dammum emergens*» y las nuevas tarifas que aseguren, después de estos desembolsos, la rentabilidad del servicio. Para el primer caso, el asesoramiento es fácil, basta conocer el texto de la Ley. Para un expediente de la segunda clase de municipalización precisa mucho más.

Esta consideración no pudo escapar al legislador y, sin embargo, no tiene reflejo en la Ley; y es natural, como vamos a ver, que no lo tenga. Es el llamado a aplicar la Ley el que deberá, ante tal distinción, cuidar de hacer de sus textos un uso prudente que no tenga por origen un abuso ni conduzca a un error.

La Ley en esta materia, como en otras muchas, no tiene más finalidad que poner un freno a la libertad municipal y otorgar unas garantías a los particulares que ostentan unos derechos anteriores. No conocemos ninguna ley genérica de nacionalización; sí conocemos leyes específicas de nacionalización de una industria o actividad determinada. Ni aun en los países satélites de la U. R. S. S., cuyas constituciones de post-guerra autorizan la nacionalización de la industria, el agro y el comercio, contienen normas genéricas para ello, ni las leyes dictadas para su ejecución tienen tal carácter general, sino específico para una actividad. De ello ha de inferirse que las leyes locales, cuando tratan de municipalización con carácter general, no hacen más que iniciar un tema y sobre todo llamar la atención, a los que tengan que aplicarla, de que entren en un ambiente nuevo y desconocido rodeado de peligros que hay que vigilar y que el éxito depende por tanto, no de la Ley, sino del buen uso que de ella se haga, después de un concienzudo estudio del

caso que, con tales medios, se quiere solventar. Con este espíritu la aplicación podrá ser perfecta, aunque la Ley no lo fuere; con otro, la mejor ley fracasaría.

Porque, en definitiva, la municipalización no es un fin, sino un medio y sabido es que para que el medio sea eficaz es preciso que esté adecuado al fin que se persigue. La municipalización es uno de los modos de prestación de un servicio público; uno de los medios de que puede valerse la Administración para conseguir el fin o sea la mejor prestación del servicio.

Para ello la Ley supone que la preocupación del agente es el servicio, no el afán de acaparar municipalizaciones. La pericia de la Administración radica en su acierto, en utilizar la municipalización cuando sea el medio más apto para la mejor prestación del servicio. La mejor Corporación no es la que tiene más servicios municipalizados, sino la que proporciona más y mejores servicios al precio más ventajoso.

Este discernimiento de la conveniencia de la aplicación de la Ley no puede encontrar su apoyo en los textos de aquélla, sino en la realidad de las necesidades del servicio y en el ambiente de vida de la localidad y en otras mil facetas que la Administración ha de aquilatar, antes de tomar ninguna decisión. La Ley debe limitarse a admitir el sistema, pero es inútil querer deducir de ello que lo aconseja como medio general de prestación de servicios y es insensato creer que lo estimula o alienta. Meramente lo autoriza. La exposición de variedad de formas, previstas por la Ley, para la prestación del servicio municipalizado, ha de interpretarse como un margen de libertad, nunca como un muestrario de modelos en los que se puede encasillar cada grupo de servicios. La adopción de una u otra constituirán el éxito o el fracaso de la municipalización, atendidas aquellas realidades y ambientes generales y los específicos del servicio de que en cada caso se trate.

Estas consideraciones hacen nacer automáticamente la segunda meditación, que pudiéramos titular alcance de la municipalización. Alcance lo empleamos en sentido de intensidad de la municipalización, no nos referimos a qué servicios pueden ser municipalizados, pues esta materia la agota y con muy buen tino, el catedrá-

tico Clavero, en su estudio citado al principio en el que, interpretando la Ley y siguiendo a comentaristas y maestros que han tratado la materia, considera que cuando se ha municipalizado, ya no debe quedar en el servicio nada extra-municipal, es decir, que la intensidad de la municipalización es total, absoluta, agobiante.

También en este caso un distinguo da lugar a nuestros comentarios. Una cosa es la concepción del servicio, su organización, sus variaciones en el tiempo o en el espacio y otra muy distinta su prestación, su ejecución. Si la intensidad o presión municipal es absoluta, la municipalización, fuere el que fuere el sistema de la Ley que se adoptare, será ejercida desde su concepción hasta su liquidación por un organismo netamente municipal, entendiéndose por tal la propia Corporación o el ente o entidad creada para el servicio, incluida la empresa mixta (que, constituida con colaboraciones externas, nace de la exclusiva voluntad municipal y a él está vinculada) sin intervención de ningún otro ser o persona jurídica extra-municipal. Según este concepto de la municipalización, sólo el Ayuntamiento y los órganos por él creados intervienen en el servicio; es más, si actúa un ente extraño a aquéllos, ya no hay municipalización. Por esto llamábamos a ésta intensidad agobiante.

Uno de los postulados de la municipalización es evitar la injerencia de terceros en el servicio, o más exactamente, el negocio que puedan hacer con él terceras personas; y sin duda apoyándose en él se construye la anterior teoría por la que la municipalización excluye totalmente toda intervención de personas no municipales, como idea fundamental del ser o no ser de la institución que nos ocupa.

Es cierto que tal principio es uno de los cimientos de la municipalización. La colaboración del particular en el servicio público es rechazada por la teoría de la municipalización en cuanto ella suponga primacía en la dirección del servicio, exclusiva en su organización, independencia en la forma de prestación o libertad en su régimen económico, aun dentro de las normas que rijan el servicio y a pesar de la inspección. Pero la colaboración en sí no la rechaza la esencia de la municipalización; ningún servicio se presta sin colaboración particular: desde el de policía que indaga de los

vecinos y requiere al transeúnte en caso de flagrante delito para que le auxilie, hasta la reparación del camino vecinal hecha a base de prestación personal, toda forma de ejecución de un servicio público presupone la colaboración de elementos ajenos a la Administración. La municipalización, que es una de estas formas, no puede sustraerse a la ley general.

La acción municipal en la municipalización ha de graduarse en sus distintas fases, decreciendo su intensidad a medida que se desarrolla. Inicialmente, el alcance de la municipalización debe de ser arrollador, intenso, manifestándose en la propiedad del servicio y de sus instalaciones y en la facultad de regirlo y gobernarlo (empleando el concepto romano ya caduco de la propiedad) hasta abusar de él y de sus resultados. El hecho de que la mano que abra la espita o la que cobra los recibos perciba su sueldo de alguno de los entes que cita la Ley o de un tercero, no puede afectar al concepto ni al principio de la municipalización. El capital fundacional ha de ser del Ayuntamiento o del ente que él ha creado (mejor de aquél), la aprobación de cuentas y balances suya exclusivamente, las mejoras y ampliaciones a su arbitrio y a su cargo, las tarifas a su iniciativa, la forma de prestación del servicio a su exclusivo criterio, la inspección bajo su potestad; pero lo restante puede dejarse en manos de terceros reduciendo la intensidad, haciendo menos agobiante la municipalización. La prestación mediata del servicio que comprende el montaje de sus elementos, su organización interna y externa, el contrato y el trato de su personal, y con los usuarios, los ajustes de materiales, etc., tan esenciales para la buena marcha y economía del servicio público, suponen una experiencia industrial y mercantil y el uso de sistemas y medios que no suelen ser conocidos por los organismos administrativos, ni cuadran en general con las concepciones que su personal tiene del servicio público.

El encargo de estos trabajos a terceros, extra-municipales, no quebranta el principio de la municipalización, no contradice la Ley, ni merma ninguna de las atribuciones de la Corporación, y sin embargo implica la intervención de personas ajenas al servicio con evidente o posible mejora de las condiciones de su prestación.

No parece que esta colaboración deba ser rechazada, sino al contrario, utilizada como elemento regulador de la intensidad municipal en el servicio una vez ya municipalizado.

A estas consideraciones de orden práctico, vulgar y económico se une otra de tipo jurídico-administrativo que la Ley no resuelve de un modo completo y a cuyo fondo luego nos referiremos, limitándonos ahora a enunciarla. Si los entes que la Ley prevé para la municipalización son municipales, ¿su gestión ha de sujetarse a las normas generales de contratación municipal? Si no lo son, aquel grado de intensidad desaparece y si, por el contrario, tienen tal carácter y la Ley no les exceptúa expresamente de su observancia, deberán de someterse a aquellas reglas generales que tan sólo la interposición de un particular podrá salvar, en bien del servicio y de su administración.

Redúzcase, pues, la intensidad de la municipalización al límite preciso que imponga la mejor y más eficiente prestación del servicio y no se dañará el concepto, ni el principio de la institución, porque lo que interesa en definitiva es la propiedad del servicio y su más adecuada organización y control, o sea el gobierno del servicio cuya concepción y características es otro de los puntos de meditación.

¿Cuál es el grado de dependencia que los entes que se creen para el servicio deben tener con el Ayuntamiento?, ¿los miembros que representan a éste en aquéllos son mandatarios?, ¿cuál es el alcance de su mandato?, o por contra, ¿son agentes con plena independencia? Nada de esto dilucida la Ley, pues en cada caso convendrá una solución distinta. La preponderancia del criterio de máxima intensidad llevará a una solución de dependencia similar al mandatario; la contraria, más abierta, a la de un agente con plena libertad.

Ya se utilice el sistema de órgano de gestión, ya el de sociedad limitada, ya el de empresa mixta, la Corporación deberá establecer, aprobándolas, las atribuciones del primero y los Estatutos de las otras. Es ahí donde está el mando del servicio. Un órgano de gestión no podrá escapar a la fiscalización de la Corporación; es algo más que una Comisión informativa, pero sus facultades no

pueden ser superiores, en el orden del servicio, a las que en general atribuye la Ley a la Comisión Permanente. No puede el Pleno hacer dejación de sus atribuciones, ni delegar sus deberes que entrañan responsabilidad, en un órgano de gestión. La dirección y la responsabilidad quedan vinculadas a la Corporación y es la ejecución lo que se encomienda a aquél dentro de un capital y normas fundacionales y de unos créditos presupuestarios.

Cuando se constituyan empresas mercantiles, nacerá el problema en toda su intensidad. Desde reservarse la Corporación solamente la inspección del servicio, hasta dictar los acuerdos que deban votar en las Juntas y Consejos los representantes municipales, existe una gama tan enorme de la presión de la Corporación sobre el servicio que es imposible, ni siquiera intentar, una gradación. Se acentúa aquí el problema apuntado más arriba: ¿hasta dónde debe ceder sus deberes el Pleno?, ¿qué garantías debe adoptar para velar por el uso que la empresa y sus gestores hagan de los que le haya cedido? Recuerdo que uno de los artículos de los Estatutos de una empresa en que era partícipe un Ayuntamiento, disponía que los consejeros que representaran las acciones de aquél tenían plena libertad en las discusiones y emisión de sus votos sin deber atenerse a acuerdos municipales. La empresa necesitaba esta movilidad, pero el Pleno que la acordó no podrá censurar los balances eficazmente; en todo caso, cuando el daño se haya hecho, podrá remover a sus representantes e intentar paliar sus efectos.

La concurrencia de capital extraño, ya sea en minoría, y por tanto sin mando, o con cortapisas a la acción de los consejeros o vigilancia o veto por parte de la Corporación para los acuerdos del Consejo o de la Junta general, será siempre inoperante. La cesión total del mando del servicio municipalizado en una empresa, desvirtuará el concepto puro de municipalización, pues quien debe dirigir el servicio según él es el Ayuntamiento.

La vigilancia ejercida en forma de que la Corporación mantenga las esencias del servicio colocará a la empresa en la situación de una mera ejecutora; en un todo igual a aquella que más arriba



se preveía para la colaboración de los particulares en la gestión del servicio municipalizado.

La adopción de la fórmula a emplear es vital en cada caso y en todo momento, pues del acierto de la elegida depende en gran parte el éxito de la municipalización. La Ley pone en manos de la Corporación un variado instrumental, pero ésta es quien ha de elegir en cada caso el que es preciso utilizar.

Difícil la elección del criterio o línea general a seguir, compleja la adaptación a la realidad, la municipalización se presenta en la Ley como un voto de confianza del que se debe responder.

Y así vamos, para no hacer interminable este artículo, a examinar la última consecuencia. Organizado ya el servicio, todos los afanes se encaminan a obtener su perfección y su rendimiento, autorizado ahora por la Ley. Puede ocurrir, empero, que a pesar de todo no sólo no existan rendimientos, sino que aparezcan pérdidas. Si éstas son superiores al 50 por 100 del capital de la empresa limitada, la Ley obliga a su liquidación, pero nada dice sobre quién recaerán; a criterio de la Corporación lo deja cuando exista órgano de gestión, y a lo instituido al crearse la empresa-mixta, deberá estarse cuando ésta las tenga. En definitiva, la Corporación es la que en el momento de organizar el servicio debe prever quién correrá con las pérdidas, con plena independencia legal y con todas las consecuencias que ello comporta, pues si la Corporación no las reconoce *a priori*, ¿quién querrá tratar con el órgano de servicio o con la empresa limitada? Siendo único socio la Corporación y único gestor no puede pretenderse que eluda las pérdidas que por su errónea concepción o falta de previsión o mala administración haya producido. No concebimos la aplicación del Código de Comercio a un ente municipal en cuanto afecte a su personalidad, no estimamos a aquél capaz de acogerse a la suspensión de pagos, ni de ser declarado en quiebra. Sin tales beneficios las pérdidas gravitarán ineludiblemente sobre la Corporación.

En la sociedad limitada y en la empresa-mixta, por disposición de la Ley ocurre lo contrario. El régimen de quiebra afectará en primer lugar a la prestación del servicio del que la Corporación

deberá hacerse cargo o proveer a lo preciso para que no se interrumpa; y en segundo término a su activo, sujeto a las responsabilidades de la quiebra.

Los bienes y derechos que constituyen el activo de la sociedad o empresa y que son indispensables para la prestación del servicio deberán pasar a manos de tercera persona, para con su importe hacer pago del pasivo, a no ser que la Administración se haga cargo de aquél, porque nadie podrá estimar ética una cláusula de constitución de una sociedad limitada o empresa-mixta, que debe «actuar conforme a las disposiciones legales mercantiles» y con arreglo a las cuales se habrá constituido según dispone la nueva Ley de Sociedades Anónimas (a pesar de que exista un solo socio o uno que prepondera sobre los demás) y que contrata con el nombre de la ciudad, villa o pueblo que le dió el ser; que permita, no sólo que por la limitación que se dió en las pérdidas queden burlados los acreedores, sino que además transfiera al único o al preponderante socio, el activo del servicio público para el que fué creado aquélla y cuyo nombre sin duda llevará, sustrayéndolo de la masa de la quiebra. Con tal cláusula nadie contratará con la sociedad limitada o empresa-mixta, tanto más cuanto que sus ingresos no dependen de la compañía, sino de unas tarifas cuya aprobación corresponde en unos casos a la Corporación y en otros al Ministerio.

Pretender que se otorgue crédito a unos entes de tal naturaleza, sin la garantía de su activo, es contrario a los principios más elementales de la vida comercial. Y si tales entes, como opinan unos, no pueden ser declarados en quiebra y los bienes de servicios públicos, como dicen otros, son inembargables, deberemos llegar a la conclusión que tales empresas precisan, para ser viables, del respaldo de las Corporaciones que les dieron el ser y que son sus herederos forzosos.

Las consecuencias que se infieren de esta conclusión son las que deben darnos el verdadero carácter de esas sociedades limitadas y empresas-mixtas.

Las primeras son unos «órganos de gestión» cuyas actividades no se rigen por las normas de contratación municipal, sino por las

disposiciones legales mercantiles ; cuyos gestores y administradores no son designados conforme a las disposiciones orgánicas de la Ley de Régimen local, sino estatutariamente.

Las segundas son verdaderas compañías mercantiles, sujetas a la legislación específica de las anónimas y a la legislación mercantil en general, en las que la colaboración de los particulares con la Administración para la prestación de un servicio público encubre en definitiva una fórmula de concesión, ya que ésta ha de ser aportada forzosamente a la compañía, mediante la cual y otras que pueden hacer, la Corporación obtiene una intervención indirecta en la prestación del servicio, cuya intensidad depende del acuerdo de concesión que será otorgada en un concurso. Caso típico de colaboración privada en la gestión pública.

El nacimiento a la vida legal de una y otra concepción son hijos de la tendencia continuada del Derecho administrativo a ir tomando para sí los patrones del Derecho privado, que, al par que le brinda una cantera inagotable de formas clásicas, le vigoriza y remoja, haciéndole apto para las crecientes exigencias que la vida y economía modernas le imponen.

La adaptación de estos patrones a las teorías administrativas no puede producirse de un solo golpe, como no se ha creado en un solo día la del acto administrativo que tan hábilmente regula hoy la fricción entre el particular y la Administración, mediante traer a nuestro campo las construcciones civiles del derecho de obligaciones.

La municipalización en su estado actual de desarrollo tiende a ser un modo de gestión privado del servicio público. Guiados por este principio, podremos entender fácilmente la Ley y hacer aplicación de sus textos. Tengamos en cuenta, empero, que es una concepción intermedia, en el doble sentido de lugar y de tiempo de la palabra, pues se sitúa entre el Derecho privado y el público y es puente sobre unos conceptos que pasan agua abajo en tanto otros vendrán detrás de ellos.

La ponderación entre el Derecho público y el privado en el caso de la empresa-mixta ; el equilibrio entre aquél y las normas mer-

cantiles, en todo caso, nos darán siempre la medida de lo que debemos hacer en cada expediente.

Difícil de alcanzar este equilibrio, la Ley nos brinda, con su amplitud de conceptos, el balancín necesario y deja a nuestra rectitud e inspiración el resto. No podía hacer más, y al decirlo tenemos presente aquella conocida frase de Duguit: «La mejor ley no es la más sabia, sino la más conveniente.» Y ésta era la que convenía en este momento de la evolución del Derecho administrativo, en el que las formas de la municipalización y aun su propio concepto, no están todavía esculpidas.

ENRIQUE DE JANER,  
Secretario de 1.<sup>a</sup> Categoría  
de Administración local